

# LA COMPENSACIÓN DEL COMPLEMENTO DE MATERNIDAD EN LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS

## COMPENSATION MATERNITY SUPPLEMENT IN CONTRIBUTORY PENSIONS

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

*Universidad de Castilla La Mancha (Ciudad Real)*

**Recibido: 31/01/2020**

**Aceptado: 05/02/2020**

**Resumen:** Iniciaré este trabajo analizando de forma general, las políticas públicas de igualdad para la normalización de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social, para luego detenerme en el complemento por maternidad, que consiste en un suplemento porcentual de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente o viudedad que se conceden a las mujeres, como estrategia y mecanismo corrector destinado a compensar, de forma particular, la mayor dedicación al trabajo no retribuido de los cuidados por su parte, que las dificulta en muchos casos, a desarrollar sus propias carreras laborales, lo que se traduce en percibir pensiones insuficientes. Y, para terminar, aunque el propio precepto de la LGSS incorpora una justificación para dicha medida, “la contribución demográfica”, su naturaleza jurídica de acción positiva, dirigida exclusivamente a la mujer, exige añadir los posibles rasgos discriminatorios de dicha medida en este análisis.

**Palabras clave:** Acciones positivas, prestaciones, complemento por maternidad, género, discriminación.

**Abstract:** *I will begin this work by looking in general, at public equality policies for the normalization of gender anti-discrimination protection in the field of Social Security, and then stop at the maternity supplement, which consists of a percentage supplement to the retirement pensions, permanent disability or widowhood granted to women, as a strategy and corrective mechanism aimed at compensating, in particular, for the increased dedication to unpaid work of care their part, which makes it difficult in many cases to develop their own careers, which results in receiving insufficient pensions. And, in conclusion, although the LGSS's own provision incorporates a justification for such a measure, “the demographic contribution”, its legal nature of positive action, aimed exclusively at women, requires adding the possible discriminatory traits of measure in this analysis.*

**Keywords:** *Positive actions, benefits, maternity allowance, gender, discrimination.*

**SUMARIO:** 1. POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDAD EN LA NORMALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 1.1. La diferencia de trato por razón del sexo mediante las acciones positivas. 1.2. Acciones positivas falsamente protectoras de la mujer. 2. CUESTIONES PRELIMINARES DE LA BRECHA DE GÉNERO EN LA SEGURIDAD SOCIAL. 2.1. El complemento por maternidad desde la perspectiva de género. 2.2. Posibles rasgos discriminatorios del complemento de maternidad. 2.2.1. El complemento de pensión controvertido. 3. REFLEXIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDAD EN LA NORMALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como primera aproximación al tema, creo necesario referirme a las características fundamentales de las políticas públicas y el papel que estas juegan, ya que la igualdad efectiva entre hombres y mujeres es un principio reconocido en varios textos normativos, tanto a nivel internacional, como europeo y nacional<sup>1</sup>. No obstante, a pesar de los avances legislativos, la igualdad no ha de ser únicamente formal, sino que ha de lograrse una igualdad real.

En este estudio solo voy a tratar nuestra normativa interna, por lo que comenzaré afirmando que nuestra Constitución (en adelante CE) no prohíbe toda diferencia de trato por parte de los poderes públicos, sino únicamente aquella diferencia de trato que sea discriminatoria. Lo que esto implica es que el legislador no puede tratar a todos por igual, sino que ha de tratar igual a los que están en idéntica situación, pero tendrán que diferenciar entre los que parten de condiciones distintas según la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC) acerca del art. 14 CE<sup>2</sup>.

Vinculado a lo anterior, debemos añadir que, el TC apoyándose en la cláusula del Estado social y en el mandato del artículo 9.2 ha manifestado, que la intervención en favor de ciertos colectivos “*puede incluso venir exigida, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva*”<sup>3</sup>.

En este marco, respecto al caso específico de las desigualdades entre mujeres y hombres, el TC ha afirmado reiteradamente la necesidad de establecer un “*derecho desigual igualatorio*”<sup>4</sup>. No obstante, después en el FJ 3º de su sentencia 3/1993, de 14 de enero, el TC expresó que “*La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer; siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten*

<sup>1</sup> CARMONA, E., “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 665-696.

<sup>2</sup> STC 2/1993, FJ 3º: “*La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer; siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer*”.

<sup>3</sup> STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3.

<sup>4</sup> STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2.

*ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer*”, es decir, la protección con medidas estabilizadoras de situaciones sociales discriminatorias precedentes para conseguir una efectiva equiparación entre las mujeres y los hombres, para garantizar la utilización en la práctica del derecho a la igualdad por parte de la mujer<sup>5</sup>.

De hecho, en opinión del profesor Montoya, al que me sumo, la figura de las acciones positivas, aspiraría a *“compensar situaciones históricas de discriminación padecidas por ciertos grupos, mediante el reconocimiento de ventajas o beneficios que operan como alternativas rectificadoras de un criterio mecánico de igualdad”*<sup>6</sup>; más en concreto la acción positiva no supone discriminación o privilegio, sino una medida antidiscriminatoria para corregir la nula o escasa presencia de la mujer en determinados ámbitos<sup>7</sup>.

Todo ello porque para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que se busca con ella, sino que es necesario además, que los resultados jurídicos que produce tal distinción sean adecuados y proporcionados a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin que procura el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos<sup>8</sup>.

Además, al estimar la proporcionalidad de la diferencia, podemos considerar el amplio margen de decisión que el TC ha reconocido al legislador en el reparto del sistema de la Seguridad Social, en concreto, *“a la hora de regular y modificar las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las mismas”*<sup>9</sup>.

### 1.1. La diferencia de trato por razón del sexo mediante las acciones positivas

Las acciones positivas a favor de las mujeres apelan a la condición del sexo en su doble óptica (sexo biológico y género) para ajustar diferencias en el trato con las que se busca lograr la igualdad material de la mujer como colectivo, a partir de la supresión de situaciones ya establecidas de discriminación<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ, A., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de seguridad social: puntos críticos (I)”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 16, 2016, pp. 106-114.

<sup>6</sup> MONTOYA, A., “Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en MONTOYA, A. (coord.), *La igualdad sustancial de mujeres y hombres*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 25-78.

<sup>7</sup> MACÍAS, M., “Mujeres”, en ESCOBAR, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 1.763.

<sup>8</sup> SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3; 76/1990, de 26 de abril, FJ 9 a); 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; y 112/2017, de 16 de octubre, FJ 3.

<sup>9</sup> SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, FJ 5; 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3; y 41/2013, de 14 de febrero, FJ 4.

<sup>10</sup> Según reiterada jurisprudencia del TJUE, la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones

En relación con el sexo, nuestra CE recoge expresamente su “irracionalidad” como causa de discriminación<sup>11</sup>. Lo cual no quiere decir que no incluya la diferencia de tratamiento relacionada con el sexo, de hecho el TC en la STC 126/1997, indica que la diferencia de trato por razón del sexo “*implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad*”, y esta rigidez implica que el test de constitucionalidad<sup>12</sup>, se extienda tanto a los elementos directos de discriminación como a los elementos indirectos<sup>13</sup>, por lo que, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres se refiere a la ausencia de toda forma de discriminación, directa o indirecta.

En definitiva, el sexo requiere ser examinado con rigor cuando se utiliza para determinar un tratamiento legal distinto. Un examen de constitucionalidad sobre la racionalidad y proporcionalidad del uso de la diferencia sexual que requiere la intervención del TC, aun cuando esté relacionado con el debate político sobre lo que socialmente está admitido como razonable, ya que conocemos que son las mujeres quienes, con mayor frecuencia, ocupan las posiciones más precarias en el mercado laboral, en trabajos temporales, eventuales, a tiempo parcial y además están peor remuneradas<sup>14</sup>, también son, quienes representan las tasas de paro más altas, porque los motivos de este escenario son de orden estructural, tienen que ver con la división sexual del trabajo y están en la base misma de la sociedad patriarcal<sup>15</sup>.

Por esta razón entre otras, la labor interpretativa del TC en la creación o modernización del Derecho Constitucional es necesariamente incorporar a los conceptos toda la evolución social de lo que ya no se admite como razonable. Así pues, los elementos básicos del juicio de igualdad están claramente recogidos en la STC 76/1990, en su FJ 4, sin embargo, el mismo tribunal añade en la STC 181/2000, que el principio no sólo requiere que la diferencia de trato resulte objetivamente justi-

---

diferentes (sentencias de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, EU:C:1996:46, apartado 16, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC, C-486/18, EU:C:2019:379, apartado 73).

<sup>11</sup> STC 200/2001 de 4 de octubre. El principio de igualdad y no discriminación “*no implica que todos los casos deban recibir el mismo tratamiento legal con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*”.

<sup>12</sup> Mediante el mismo, el TC determina si efectivamente se produce o no una situación de inconstitucionalidad, resumiéndose su doctrina al respecto en la STC 76/1990, Apdo. A) del FJ. 9º.

<sup>13</sup> El concepto de la discriminación indirecta ha sido elaborado por la jurisprudencia del TS de USA [caso *Grigg v. Duke Power Company* (1971)] y por la del TSJ de la UE: «El Derecho Comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo» (SSTJCE de 27-6-1990, *Kowalska*; de 4-6-1992, *Bötel*; de 9-2-1999, *Seymour-Smith y Laura Pérez*).

<sup>14</sup> ESCUDERO, R. y MENÉNDEZ, R., “Las políticas de igualdad de género en el ámbito laboral”, en CARMONA, E. y GARRIDO, I. (coords.), *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 125-143.

<sup>15</sup> COBO, R. M., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995, pp. 215-217.

ficada y razonable, sino también que destaque un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida<sup>16</sup>.

También es bien conocida la doctrina del TC que vino a agregar una fórmula para la declaración de los hechos discriminatorios<sup>17</sup> en los que sería preciso identificar si la diferenciación podía ser calificada de arbitraria o carente de una justificación razonable o por el contrario permanecía protegida con criterios objetivos y razonables, según juicios de valor totalmente aceptados, correspondiendo en todo, evitarse aquellas consecuencias jurídicas desproporcionadas al propósito perseguido<sup>18</sup>. Por lo que conviene comprobar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres constituida para el complemento de maternidad representa a una categoría de personas que se hallan en situaciones comparables<sup>19</sup> ya que la práctica de cuidar no debería de tener género porque *“la solución pasa por promover un cambio real de paradigmas sociales donde la práctica de cuidar se convierta en el centro de las políticas sociales, haciéndose extensible a la otra mitad de la población. Hay que cambiar la ética del cuidado feminizada por la ética del cuidado humanizada, para caminar hacia una sociedad más pacífica e igualitaria. El cuidado y la asistencia no son asuntos de mujeres, sino intereses humanos universales. La violencia genera violencia, el cuidado genera cuidado”*<sup>20</sup>.

De este modo, el principio constitucional de igualdad va unido al objetivo de alcanzar, como ya he avanzado, la igualdad efectiva, lo que supone un propósito mucho más positivo, ya que en lugar de garantizar la igualdad al principio, insiste fundamentalmente en garantizar dicha igualdad en los resultados, exigiendo en todo caso la presencia de la razonabilidad y la objetividad como criterios que establecen las de medidas

<sup>16</sup> Según la STC 59/2008 el baremo de proporcionalidad ha de ser de «contenido mínimo», por la potestad exclusiva del legislativo en la definición de los delitos y de las penas, y en convergencia con el baremo propio del sistema penal (STC 161/1997, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable cuando quepa apreciar entre ellos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, FJ 23). Ver también las STC 22/1988, FFJJ 3 y 9; 209/1988, FJ 6; 20/1991, FJ 2; 110/1993, FJ 6; 117/1998, FJ 8, y 200/2001, FJ 4.

<sup>17</sup> PERÁN, S., *Derecho Social y Género*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 127-131.

<sup>18</sup> STC 88/2005 de 18 de abril. toda desigualdad de trato normativo se presuma mecánicamente como un acto discriminatorio *“sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas”*.

<sup>19</sup> En este sentido no debemos olvidar las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos, que es parte del tema que nos ocupa. Sentencias del TJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56, y de 26 de marzo de 2009, Comisión/Grecia, C-559/07, no publicada, EU:C:2009:198, apartado 69.

<sup>20</sup> POYATOS, G., “De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al “complemento por maternidad”, Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 431, 2019, pp. 113-127.

de preferencia a favor de un colectivo concreto, con objeto de evitar que las acciones positivas pasen a convertirse en una nueva ruta de elaboración de desigualdades en detrimento de otro colectivo. Es por tanto un tipo de norma que se debe utilizar de manera excepcional y proporcional entre la afectación del principio general de igualdad y el fin perseguido<sup>21</sup>, tal y como expone el TC en las SSTC 128/1987<sup>22</sup> y 19/1989<sup>23</sup>.

Para ir terminando este apartado, también es preciso destacar la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIE), cuyo objeto es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y la eliminación de toda discriminación contra la mujer en cualquier ámbito de la vida o actuación pública o privada, que de conformidad con su artículo 11: *“Los poderes públicos adoptarán medidas específicas para corregir situaciones de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas se aplicarán mientras subsistan dichas situaciones que habrán de ser razonables y proporcionadas en relación al objetivo perseguido en cada caso”*.

Sin duda la característica más relevante de la LOIE no es la de buscar prevenir y sancionar las discriminaciones, con la importancia que esto conlleva, sino la de intentar hacer firme el principio de igualdad a través de políticas activas. Para ello se dispone un efectivo marco general para las acciones positivas, que vienen definidas como *“medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”*<sup>24</sup>, que dirige un mandato a los poderes públicos para remover las situaciones de desigualdad real a través de una política completa dirigida a acercarnos a la igualdad básica o material en todas los círculos de la vida social, pero aunque las leyes reconocen la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la realidad indica que esta meta aún no se ha conseguido ya que incluso *“en algunas ocasiones se han introducido medidas por parte del legislador, que no sólo no se dirigen directamente a garantizar la igualdad, sino que además pueden ser de dudosa constitucionalidad al establecer una discriminación positiva no justificada”*<sup>25</sup>.

De este modo, las acciones positivas no se identifican por el tipo de medidas, sino por su objetivo último de *“remover los obstáculos que de hecho impiden la*

<sup>21</sup> STC 229/1992, de 14 de diciembre.

<sup>22</sup> REY MARTÍNEZ, F., “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 71, señala *“esta sentencia marca un antes y un después”* en la jurisprudencia constitucional española sobre acciones positivas.

<sup>23</sup> “[...] la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, a fin de asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer”.

<sup>24</sup> Artículo 11 de la LOIE.

<sup>25</sup> MARBÁN, M. T., “El complemento por maternidad en la pensión de jubilación”. En *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], vol. 1, 2019, p. 667.



realización de la igualdad efectiva para la mujer”<sup>26</sup>. En este sentido, el concepto de acción positiva elude definiciones concretas ya que, precisamente, su forzosa diversidad paraliza su individualización como no sea a través de su identificación en conciencia del destino que terminan efectuando<sup>27</sup>.

## 1.2. Acciones positivas falsamente protectoras de la mujer

La realidad de discriminación social de la mujer ha tratado de luchar con numerosas medidas en el orden laboral. Sin embargo, muchas de esas medidas con carácter protector se han dejado influir por los mismos valores que han fomentado que la mujer continúe en una posición inferior en el mundo laboral.

Con intención de combatir lo anterior, el TC también se ha enfrentado a medidas “falsamente protectoras” que recogen ciertas similitudes con las acciones positivas en cuanto que ofrecen ventajas a las mujeres, pero que en el fondo son técnicas que consideran a la mujer como ser inferior y necesitada de tutela<sup>28</sup>. Ya que se trata de situaciones en las que se realizan acciones que, o bien se originan en estereotipos sobre los roles sociales para compatibilizar su trabajo extradoméstico con su obligación de cuidar a los hijos y preocuparse del hogar familiar<sup>29</sup>, o bien buscan superficialmente proteger a la mujer por ser más débil físicamente. Por lo tanto, aunque aparentemente su objetivo sería el de favorecer a las mujeres, reitero que en el fondo, manifiestan los mismos intereses que han relegado a la población femenina a una condición de inferioridad social<sup>30</sup>.

Por tanto, el TC nos recuerda en su STC 128/1987, que tales diferencias son inconstitucionales si se basan exclusivamente en el sexo de las personas afectadas, instando que este trato diferente sólo esté justificado mientras no desaparezca la situación de inferioridad en la que se encuentra la mujer<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Se ha considerado que “acción positiva” sería una traducción de lo que en Estados Unidos se conoce como “acción afirmativa” (*affirmative action*), expresión que tendría su origen en una ley laboral norteamericana de 1935, y que luego se extendería a diversas medidas intervencionistas adoptadas en la década de los sesenta por diversos Presidentes (Kennedy, Johnson), al servicio de la integración social de las minorías raciales, y posteriormente para combatir la discriminación sexual.

<sup>27</sup> GILES, R., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva”, en GILES, R. M., MORA, M. y SALDAÑA, M. N. (coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona. 2010, pp. 53-76.

<sup>28</sup> OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 56. “la principal desventaja de las ciudadanas, como género discriminado, puede derivar precisamente de que se las encasille, con intención presuntamente “protectora”, como seres necesitados de tutela; esto no hará sino perpetuar, en círculo vicioso, su situación de dependencia”.

<sup>29</sup> CUADRADO, I., “Estereotipos de Género”, en MORALES, J. F., GAVIRIA, E., MOYA M. C. y CUADRADO, I. (eds.), *Psicología Social*, McGraw Hill, Madrid, 2007, pp. 243-266.

<sup>30</sup> DE BARBIERI, T., “Sobre la categoría género. Una introducción teóricometodológica”, *Debates en Sociología*, n.º 18. 1993, p. 151.

<sup>31</sup> Cuando dicha desigualdad se fundamenta en alguno de los motivos relacionados en el artículo 14, como lo es el sexo, el examen sobre la constitucionalidad de la medida ha de ser especialmente riguroso según determina el TC.

Para intentar evitarlo, el TC se encarga de fijar dos criterios para distinguir las normas y medidas falsamente protectoras de las constitucionalmente legítimas: “*Que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato*”, y “*Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados*, del mismo modo que “*(somete) a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a consolidar su expulsión del mercado de trabajo*” vinculando “*(la) desventaja en el acceso y el mantenimiento del puesto de trabajo*”. Por tanto, el Tribunal acepta las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, pero diferenciándolas claramente de las acciones protectoras, declarando legítima su aplicación para compensar las desigualdades existentes “*La acción positiva se legitima no en función de la persona beneficiaria, sino en función de su pertenencia a un colectivo discriminado, en este caso las mujeres*”<sup>32</sup>.

En cuanto a la medida positiva, el Instituto Nacional de la Seguridad Social sostiene que dicho complemento, está justificado por razones de política social, ya que el objetivo perseguido por el mencionado incremento de pensión, no consiste únicamente en remunerar más a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos por su *aportación demográfica* a la Seguridad Social, argumentando que dicha discriminación obedece a una voluntad de corregir la fundamental brecha de género que pesa sobre las mujeres. De este modo, *no es el hecho del parto en sí mismo*, esto es, no es la contribución a la natalidad lo que motiva o justifica este complemento, *sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral*<sup>33</sup>, con la oportuna evidencia en las prestaciones de la Seguridad Social, a causa de tener hijos<sup>34</sup>.

Pero lo cierto es, que dicho complemento fue concebido también como una medida destinada a minorar la brecha de género existente entre las pensiones de las mujeres y de los hombres, que se produce como consecuencia de las distintas trayectorias laborales y por lo tanto garantizar el reconocimiento de pensiones adecuadas a las mujeres que han visto reducida su capacidad de cotización y, con ello, la cuantía de sus pensiones, cuando por haber tenido dos o más hijos, y haberse dedicado a su cuidado, han visto interrumpidas o acortadas sus carreras profesionales, pero la realidad es, que más allá de la elusión de la protección de la maternidad y de la continuidad de la carrera profesional de la mujer durante esta etapa, “*tampoco el legislador ha querido proteger el verdadero bien jurídico, esto es, el cuidado de los hijos y por ende de la familia*”<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> STC 317/1994, de 28 de noviembre (caso Indemnización a trabajadoras por matrimonio).

<sup>33</sup> Criterio de gestión del INSS 24/2017 de 30 de octubre. <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/f8f33e95-05a9-41df-ae17-ee125e65c154/CRITERIO+DE+GESTION+24-2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=> (consultada el 10/03/2020).

<sup>34</sup> Ya que no computan los hijos nacidos muertos a efectos de determinar el derecho al complemento por maternidad en pensiones contributivas. STSJ Madrid 351/2019, 10 de abril de 2019, Rec. 104/2019. Lo que se compensa es la aportación demográfica a la Seguridad Social que supone la crianza de un hijo, y no por el hecho del embarazo o incluso del parto.

<sup>35</sup> MARBÁN, M. T., “El complemento por maternidad...”, cit., p. 668.



## 2. CUESTIONES PRELIMINARES DE LA BRECHA DE GÉNERO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya he ido adelantado, los obstáculos en las carreras de cotización soporadas por las mujeres suponen un reto para la igualdad en general y en el ámbito de la Seguridad Social en particular, siendo un desafío conseguir garantizar su independencia económica, principalmente durante la vejez ya sea por jubilación, incapacidad permanente o viudedad<sup>36</sup>.

No debemos asombrarnos de que haya brecha de género en las pensiones contributivas<sup>37</sup>, ya que las cifras que nos ofrece la Seguridad Social sobre el sistema público de pensiones<sup>38</sup> no son más que la repercusión de los números que presenta el mercado laboral<sup>39</sup>, el cual indudablemente, se halla descompensado en perjuicio del sector femenino con la llamada brecha salarial<sup>40</sup>. Todo ello, en números redondos, se manifiesta en que la cuantía media de las pensiones de jubilación es de 761 euros entre las mujeres, mientras que, entre los hombres, ese promedio asciende a 1.287 euros, lo que significa una diferencia de 434 euros entre ellas y ellos<sup>41</sup>. No obstante, la brecha de pensiones es mayor que la salarial, por la concurrencia de causas tales como la brecha salarial de género del 23% (más elevada entre las de

<sup>36</sup> POYATOS, G., “Juzgando con perspectiva de género el derecho a conciliar familia y trabajo. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias / Las Palmas de 15 de diciembre de 2017 (rec. 1249/2017)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 420, 2018, pp. 103-114; y LOUSADA, J. F., “El trabajo a tiempo parcial en el RD ley 16/2013 de 20 de diciembre”, *Nueva revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162, 2014, pp. 127-140.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ, S., “Desigualdad de género y sistema de pensiones: estrategias y mecanismos para su erradicación”, en Fundación 1º de Mayo, *Colección Cuadernos* no. 43, Crisis y desigualdad. Alternativas Sindicales II Congreso de Trabajo Economía y Sociedad, Actas del Congreso, Madrid, 2016, pp. 611-627.

<sup>38</sup> [http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST195 contributivas y http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7f8e02b2-ae1d-46eb-9559-0077b1935aea/CuadroEstadistica+I+ABRIL.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18\\_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-7f8e02b2-ae1d-46eb-9559-0077b1935aea-mSG8QjP no contributivas](http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST195_contributivas_y_http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7f8e02b2-ae1d-46eb-9559-0077b1935aea/CuadroEstadistica+I+ABRIL.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-7f8e02b2-ae1d-46eb-9559-0077b1935aea-mSG8QjP_no_contributivas) (consultada el 11/02/2020).

<sup>39</sup> <https://www.elcomercio.es/economia/pensiones/brecha-mujeres-pensiones-6000-20191210120852-ntrc.html> (consultada el 13/02/2020).

<sup>40</sup> Si la brecha salarial se sitúa actualmente en el 23,2%, la brecha en las pensiones de jubilación asciende al 37,9%. La brecha salarial indica que las mujeres cobran un 14,9% menos que los hombres en España, según el informe mundial sobre salarios de la OIT de 2018/2019. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/enhanced/WCMS\\_650872/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/enhanced/WCMS_650872/lang-es/index.htm) (consultada el 19/01/2020).

<sup>41</sup> [http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/8cd1f6c4-7bc3-4402-90d3-994d8b-7dc1bd/TC7201910.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18\\_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-8cd1f6c4-7bc3-4402-90d3-994d8b7dc1bd-mUxruhG](http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/8cd1f6c4-7bc3-4402-90d3-994d8b-7dc1bd/TC7201910.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_9H5AH880M8TN80QOV0H20V0000-8cd1f6c4-7bc3-4402-90d3-994d8b7dc1bd-mUxruhG) (consultada el 19/11/2019).

más edad y mayores salarios). Como consecuencia de estos menores salarios que dan lugar a cotizaciones más bajas, traen consigo pensiones más reducidas<sup>42</sup>.

Por lo que concierne a nuestro tema de estudio, el complemento por maternidad se debe tener en cuenta que existe ya un marco de protección determinado “*para compensar la deficiencia en relación al hecho físico de la maternidad*” (prestación no contributiva de maternidad, cotización efectiva durante el permiso de maternidad o la prestación de riesgo durante embarazo/lactancia –en ocasiones bonificada–, cotización ficticia de 112 días por hijo de la DA 44 LGSS y la DA 60 LGSS, aplicables a los casos de defectos de cotización coetáneos al parto o a la adopción entre otros).

Asimismo, concurren en la actualidad otras medidas encaminadas a desagaviar los defectos totales o parciales de cotización motivados por el acceso a permisos parentales (sistema de cotizaciones ficticias para el supuesto de excedencia por cuidado de hijos y para completar al 100% el tiempo cotizado correspondiente a los primeros dos años de reducción de jornada por cuidado de hijos del art. 180 LGSS)<sup>43</sup>.

Para intentar corregir en algo lo anterior, se ha recurrido al complemento por maternidad, del que me ocuparé más adelante por ser el tema principal de este trabajo, que está encaminado a mejorar las pensiones de carácter contributivo, de aquellas mujeres que hayan contribuido, como ya he reiterado, a la “*sostenibilidad*” del sistema de pensiones por un doble procedimiento, el primero a través de la maternidad, ya sea biológica o por adopción<sup>44</sup>, con al menos dos hijos y el segundo, a través de sus cotizaciones reales resultado de su actividad laboral o profesional, o en el supuesto de la pensión de viudedad a través de las cotizaciones del cónyuge.

Esta medida por tanto, busca corregir la diferencia que existe entre el importe medio de las pensiones de hombre y mujeres<sup>45</sup>, desigualdad que tiene su origen sobre todo, en la doble sanción que supone cumplir carreras de seguro más cortas o discon-

<sup>42</sup> ERRANDONEA, E., “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”. *Revista de derecho de la seguridad social*. Laborum, n.º 7, 2016, pp. 75-97.

<sup>43</sup> BALLESTER, M. A., “El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica”, en VICENTE PALACIO, M. A. (coord.), *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 533-550.

<sup>44</sup> Criterio de gestión n.º 1/2018 del INSS de 1 de febrero de 2018. Los hijos computables para determinar la cuantía del complemento por maternidad son aquellos cuya filiación esté determinada a favor de la beneficiaria de la pensión en el momento del hecho causante, independientemente de que se trate de filiación biológica o por adopción.

<sup>45</sup> Es una medida legislativa que se suma a otras adoptadas con anterioridad como la consideración de días asimilados por parto, los días asimilados por cuidado de hijos o el Coeficiente Global de Parcialidad, que se toman en base a las Recomendaciones de la UE, que señalan el reconocimiento de la natalidad como eje de futuro del Sistema, de forma que se ayude a prevenir situaciones de desprotección de la mujer ante insuficiencias de pensiones futuras, o la declaración de inconstitucionalidad del sistema de cómputo de los trabajos a tiempo parcial a los efectos de acreditar periodos de carencia para causar derecho a las prestaciones (DA 7ª de la LGSS 1994, actualmente artículo 247 LGSS del RDL 8/2015), en sede de “*cómputo de los periodos de cotización*” el que regula la cuestión, Sentencia 61/2013, de 14 de marzo del TC, así como también de

tinuas, o acudir con mayor asiduidad a los trabajos a tiempo parcial, como resultado de la mayor entrega de la mujer a las labores del hogar y al cuidado de la familia ya que, el concepto legal de “maternidad” comprende lo biológico pero además se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre los descendientes, incluyendo, por ello, a hijos/as adoptados/as. De lo que se deduce que la situación protegida es la pérdida de oportunidades laborales y la brecha de cotización ligada a los cuidados, como fenómeno de discriminación ocupacional.

A este respecto, si el objeto entiendo que no puede excluir la posibilidad de comparación su situación con la de un hombre que se ocupe del cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera<sup>46</sup>, no resulta bastante alegato que las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores.

Como sabemos, son muchas y variadas las dificultades de la brecha de género en el Sistema de Seguridad Social, por lo que se requiere que las políticas destinadas a enfrentarse a ellas incluyan actuaciones en diversos terrenos como son el acceso al trabajo, la discriminación por sexos en la educación y en el empleo, la brecha de género en las retribuciones, el trabajo tiempo parcial, la duración de la vida laboral, la desigualdad en el reparto de las responsabilidades familiares y tareas en el hogar entre hombres y mujeres, la interiorización social de los estereotipos de género, las interrupciones de la vida profesional, etc.<sup>47</sup>. De este modo, las interrupciones en las carreras de cotización padecidas por las mujeres suponen un reto para la igualdad en el ámbito de la Seguridad Social y un auténtico desafío para la garantía de la independencia económica de las mujeres, especialmente durante la vejez, momento en que éstas afrontan un mayor riesgo de pobreza<sup>48</sup>.

En nuestro sistema público de pensiones, en el que éstas dependen de las contribuciones en base a los ingresos del trabajo que ha hecho la persona durante su vida profesional, el contraste en las pensiones no es únicamente la representación de las diferencias de ingresos que hombres y mujeres están acostumbrados a que ocurran a lo largo de su vida laboral, sino que detrás se oculta, el hecho de que las vidas laborales de las mujeres sigan estando más reducidas por las responsabilidades familiares

---

la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo que en su Recomendación 17ª de 2011, abogó por reconocer el esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social.

<sup>46</sup> Sentencia TJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, apartado 56.

<sup>47</sup> Consejo de Europa, 2015: apartados 16-18. En idéntico sentido se ha pronunciado el Consejo de la UE en el *Pacto por la Igualdad de Género (2011-2020)* al indicar que la brecha de género en las pensiones es un tema muy amplio, no sólo referido a mejorar los derechos de las pensiones de vejez sino también a mitigar las interrupciones de las carreras de cotización de las mujeres, reducir la brecha salarial con los hombres, mejorar la conciliación de trabajo y vida privada o, entre otros objetivos, aumentar la tasa de empleo de las mujeres.

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ, S., “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 38, 2017 (Ejemplar dedicado a: Ley orgánica de igualdad: X Aniversario/Berdintasun lege organikoaren: X.Urteurrena), pp. 93-125.

que suelen ser superiores a las de los hombres. Con carácter general, la participación femenina en la fuerza laboral se ha mantenido por debajo de la masculina y los mercados siguen estando divididos por géneros<sup>49</sup>.

Se trata de una realidad que adquiere los resultados de la distribución sexual del trabajo, y que ha sido descrita con una precisión evidente por el profesor Tortuero al exponer que *“La mujer se incorpora al mercado laboral desde un espacio de distribución de roles totalmente consolidado, la mujer cumple una función reproductiva y de soporte familiar; mientras que el hombre cumple una función productiva y se convierte en el sostén económico de la familia. Esta distribución de roles o asignación de funciones tiene unas connotaciones que sobrepasan la estructura familiar; en la medida en que forman parte de la organización social y de las estructuras económicas en todas sus dimensiones”*<sup>50</sup>.

Por ello, lo que con total seguridad podríamos decir es, que la brecha de género en materia de pensiones no surge de la nada, sino que se genera después de años de diferencias en las retribuciones de las mujeres por el mismo trabajo que los hombres y que se va integrando poco a poco en el período laboral de las mujeres y hace que se continúe de la misma forma en el período de jubilación y de cobro de pensión<sup>51</sup>.

Ésta menor participación laboral al ser el sistema español de pensiones contributivo no favorece precisamente a equilibrar las desigualdades de género, más bien las asegura puesto que penaliza de manera más ruda a las personas que coticen menos años y por menos importe. Lamentablemente, nuestro Sistema de Seguridad Social nunca se ha planteado eliminar los perjuicios que por cuestión de género se producen en las fórmulas de cálculo de las prestaciones, tampoco ha incorporado medidas correctoras de estas desigualdades que se generan en los roles sociales y en el mercado de trabajo, y menos aún ha dotado de ninguna cobertura económica a la actividad del cuidado de la familia, a pesar de ser ésta esencial para garantizar la sostenibilidad de la familia.

Para finalizar este apartado, quiero destacar que las reformas aprobadas en los años 2011 y 2013 al amparo de la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema<sup>52</sup>, han acentuado la brecha de género en las pensiones al endurecerse

<sup>49</sup> GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones”, *Documentación Laboral*, n.º 103, 2015 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad financiera y régimen jurídico de la Seguridad Social: un marco de estrategias para las políticas públicas), pp. 145-171.

<sup>50</sup> TORTUERO, J. L., “Conciliación, género y empleo, reflexiones desde el sistema de la seguridad social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º Extra1, (Ejemplar dedicado a: Seminario sobre la reforma de la seguridad social en tiempos de estabilidad y crecimiento económico), 2006, pp. 113-130.

<sup>51</sup> AYUSO, M. y CHULIÁ, E., “¿Hacia la progresiva reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas?”, *Documentos de Trabajo del Instituto BBVA de Pensiones*, n.º 22, 2018, pp. 9-11.

<sup>52</sup> MENÉNDEZ, R., *Las políticas de igualdad en el contexto de crisis financiera (y del mercado de trabajo). Valoración con perspectiva de género de las últimas reformas laborales*.

los requisitos exigidos para las pensiones contributivas<sup>53</sup>, lo que ha perjudicado de modo más intenso a aquellas personas con vidas laborales más más intermitentes, lo que directamente afecta principalmente a aquellas mujeres con responsabilidades familiares<sup>54</sup>.

## 2.1. El complemento por maternidad desde la perspectiva de género

En la búsqueda constante de nuevas fórmulas para minorar las repercusiones negativas en la carrera profesional y posterior acceso a pensiones por parte de las trabajadoras, se han importado algunos modelos reconocidos con éxito en otros países y que en España se han cubierto de incuestionables elementos de diferenciación. Nos estamos refiriendo al señalado ya “*complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social*”, introducido por la Ley 48/2015 29 de diciembre (Disposición Final 2ª) de Presupuestos Generales del Estado para 2016 y cuya entrada en vigor se produjo a partir del 1 de enero de 2016<sup>55</sup>.

Sin duda, esta medida positiva ha supuesto un acontecimiento sin precedentes en el Sistema de la Seguridad Social española<sup>56</sup>, ya que esta disposición implica la declaración de un complemento de pensión a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos. Y digo a las mujeres, porque la LGSS actual en su art. 60, limita el ámbito aplicativo de esta medida al colectivo de madres que sean pensionistas “*por su aportación demográfica a la Seguridad Social*”<sup>57</sup>.

---

*Actas del IV Congreso de la Red Española de Política Social (REPS): las políticas sociales entre crisis y post-crisis.* Celebrado el 6 y 7 de junio en la Universidad de Alcalá / coord. por Alessandro Gentile, 2013, pp. 440-449.

<sup>53</sup> GRAU, C. y RODRÍGUEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el Sistema de Pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. p. 48.

<sup>54</sup> GALLEGO, R., “El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género en las pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, n.º 403, 2016, pp. 27-33.

<sup>55</sup> El apdo. cinco, D.F. 38, PGE 2018, ha modificado la disposición final única de la Ley General de la Seguridad Social, de forma que, a pesar de que el texto de la LGSS/2015 ha entrado en vigor el 2 de enero de 2016, el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social (art. 60, LGSS) será de aplicación, cuando concurren las circunstancias previstas en el mismo, a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016.

<sup>56</sup> DE LA CORTE, I., “Cuestiones constitucionales sobre el complemento por maternidad. Un estudio comparado con el Derecho de Unión Europea y sus antecedentes jurisprudenciales”. V Premio Jóvenes Laboralistas 2016. p. 1. <https://forelab.com/wp-content/uploads/premios/2016/FINALISTA-2016-Cuestiones-constitucionales-sobre-el-complemento-por-maternidad-Ignacio-de-la-Corte-Cala.pdf> (consultada el 18/02/2020).

<sup>57</sup> DA 60 LGSS 2015, *I.Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima cuarta, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como periodo cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. Dicho periodo se incrementará anualmente, a*

Al mismo tiempo, y en consonancia con las recomendaciones contenidas en las conclusiones del Consejo sobre *Igualdad de oportunidades de ingresos para las mujeres y hombres: cerrando la brecha de género en las pensiones*<sup>58</sup>, que revelan la importancia de la consideración de la natalidad como elemento fundamental para la continuidad del Sistema<sup>59</sup>, algunos países del entorno europeo han adoptado medidas que incorporan para la valoración concluyente de la pensión a recibir, junto a la cotización económica, el concepto de “cotización demográfica”.

En nuestro país, se trata de una medida que aparecía incluida en el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017<sup>60</sup>, en reconocimiento a la voluntad de aquellas madres trabajadoras que compatibilizan la maternidad y la vida familiar con la falta de progreso de su carrera profesional que conlleva. De este modo, el Gobierno introdujo esta medida cuya naturaleza es pensión pública contributiva, señalado como “*complemento de maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social*” en una enmienda al proyecto de ley de PGE para 2016 (Ley 48/2015, de 29 de octubre) que supuso la complementación de la LGSS-94 del art. 50 bis, y que se ha mantenido con idéntica denominación en el actual art. 60 LGSS de 2015, como respuesta, en gran parte, a las recomendaciones de algunos organismos internacionales (Naciones Unidas, Unión Europea y Consejo de Europa, principalmente –según este último la brecha de género en las pensiones se sitúa en torno al 38’5 % de media en los Estados miembros-<sup>61</sup>).

De este modo, la medida se dirige a las mujeres trabajadoras y con residencia continuada en España con carreras de cotización suficientes para generar derecho a

---

*partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como periodo cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido. 2. En función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del periodo de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas. 3. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el periodo de cuidado de hijo o menor, considerado como periodo cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley.*

<sup>58</sup> Reunión del 20 de mayo de 2015. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9302-2015-INIT/es/pdf> (consultada el 12/02/2020).

<sup>59</sup> TOMÁS, S., “La labor del Consejo de Europa en materia de igualdad de género” en CARNERO, R. M., MORA, M. y SALDAÑA, M. N. (coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona. 2010. pp. 17-32.

<sup>60</sup> Aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015. <http://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf> (consultada el 12/12/2019).

<sup>61</sup> SIRVENT, N., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social”. *Noticias CIELO*, n.º 2, 2016, p. 1.



las pensiones de jubilación, de viudedad y de incapacidad permanente, a las que una vez calculada la pensión de acuerdo a las reglas de cálculo para cada prestación, se aplica un complemento adicional de la pensión contributiva en caso de que tengan hijos/as con la siguiente escala: a) En caso de haber tenido dos hijos, el 5%; b) Si fueron tres hijos, el 10%; y c) Y en el caso de cuatro o más, el 15%.

Así, queda de manifiesto, cómo con este complemento se amplía de nuevo el concepto de cotizar, pasando de un concepto marcadamente económico como reflejo de la contribución económica de cualquier persona trabajadora en forma de cotizaciones a lo largo de un número determinado de años de su vida laboral, para añadir ahora la aportación demográfica, de manera que se considera económicamente lo que representa para el sistema el aporte que se hace en forma de futuras personas cotizantes<sup>62</sup>.

## 2.2. Posibles rasgos discriminatorios del complemento de maternidad

Entrando por tanto a resolver la duda de si el art. 60.4 TRLGSS es conforme al principio de igualdad del art. 14 CE, será preciso analizar si las situaciones que se ponen en relación son iguales (juicio de comparabilidad); en caso afirmativo, si concurre una finalidad objetiva y razonable que legitime el trato desigual (juicio de razonabilidad, en clave de legitimidad y funcionalidad para el fin perseguido); y, por último, si las consecuencias jurídicas a que conduce la diferencia de trato son proporcionadas, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (juicio de proporcionalidad).

De este modo, a la vista de la limitada importancia del complemento en términos porcentuales y del amplio margen con que cuenta el legislador para regular las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, considerando las necesidades existentes con los medios disponibles, la diferencia de trato debe entenderse, como ya he advertido, proporcionada, sin que produzca “*resultados especialmente gravosos o desmedidos*”<sup>63</sup>.

Por lo tanto, el complemento por maternidad debe ser analizado críticamente y en especial en aquello que pueda chocar con las necesarias políticas de corresponsabilidad, en el sentido en que se compense de modo diferenciado a las mujeres por el hecho de ser madres, trabajadoras y cuidadoras, lo que puede llegar a favorecer el mantenimiento de roles indeseados<sup>64</sup>. Ya que, la exigencia del carácter comparable de las situaciones, como hemos podido observar, no requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas<sup>65</sup>.

Con todo, no puede dejar de advertirse lo llamativo que resulta el hecho de que una medida diseñada e implantada para generar igualdad entre hombres y mujeres,

<sup>62</sup> GALLEGO, R., “El complemento de maternidad: una medida discutible...”, cit., pp. 19-54.

<sup>63</sup> STC 167/2016, de 6 de octubre, FJ 5.

<sup>64</sup> DE LA FLOR, M. L., “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social*, n.º 76, 2016, pp. 107-132.

<sup>65</sup> Sentencia TJUE de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación), C-451/16, EU:C:2018:492, apartado 41.

contenga en su regulación ciertos rasgos discriminatorios al excluir a ciertos colectivos<sup>66</sup>. Resultando inexplicable que las madres de hijos únicos (incluso afectados de una discapacidad) queden excluidas del ámbito de aplicación a pesar de que también hayan contribuido demográficamente a la Seguridad Social en la medida de sus posibilidades. Por lo que resulta sorprendente que muchísimas mujeres madres de hijos únicos no sólo no cobrarán prestaciones familiares económicas, sino que tampoco verán incrementada su futura pensión, a pesar de haber contribuido demográficamente a luchar contra el envejecimiento de la población española<sup>67</sup>.

En otras palabras, a efectos del complemento de maternidad quien no ha tenido o adoptado a ningún hijo/a y quien, en cambio, ha dado a luz o adoptado a un hijo/a reciben exactamente el mismo trato a efectos de negarles el complemento de la pensión regulado en el artículo 60 TRLGSS. “*Semejante solución legal resulta a todas luces incongruente con la finalidad atribuida al complemento de maternidad*”<sup>68</sup>.

No obstante, cabe destacar, que es una medida destinada en exclusiva a las mujeres trabajadoras que accedan al sistema de pensiones contributivo y hayan tenido al menos dos hijos, se aumenta la brecha de género entre las propias mujeres pensionistas ya que no se aplica a las que tenían la condición de pensionistas a la fecha de la entrada en vigor del complemento en enero 2016, ya que carece de efectos retroactivos.

De este modo, el sentido literal de este precepto genera una cierta incoherencia, pues se refiere a quienes sean “beneficiarias” de alguna de las pensiones que se mencionan, cuando lo que el legislador ha marcado sin ningún género de dudas es una separación entre pensionistas con prestación ya reconocida antes del 1 de enero de 2016 y aquellas otras mujeres que a partir de tal fecha pasen a serlo.

Por tal motivo, es totalmente injustificable que se dé prevalencia a mujeres que desde 2016 pasan a ser pensionistas, que nacieron durante los años 50 y que comenzaron a tener hijos a partir de finales de los 70, justo cuando la tasa de natalidad comenzaba a decaer<sup>69</sup>. Si lo que se pretendía con esta medida era reconocer el valor de la maternidad y de una proporción reveladora de hijos por mujer, debería haberse previsto al menos una solución intermedia, quizá no otorgar un complemento por todos los hijos que una mujer hubiera tenido, sino establecer un porcentaje idéntico para todas las pensiones y así, de alguna forma, la brecha creada no habría sido tan rupturista como ha sucedido<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> GALLEGO, R., “El complemento de maternidad: una medida...”, cit., pp.19-54.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social: puntos críticos (I y II)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 16, 2016, pp. 106-114, n.º 17, 2016, pp. 91 y 100.

<sup>68</sup> SÁNCHEZ-RODAS, C., “Complemento por maternidad y pensiones contributivas: Las olvidadas madres del baby boom y las madres de hijos únicos”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 4, n.º 1, 2019, pp. 1-2.

<sup>69</sup> [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica\\_P&c\\_id=1254735573002](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&c_id=1254735573002) (consultada el 20/01/2020).

<sup>70</sup> TORRENTE, S., “El derecho antidiscriminatorio y la falta de equilibrio parental en la protección dispensada a la natalidad y al cuidado de los hijos. A propósito de las Disposiciones Adicionales 44ª y 60ª de la Ley general de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, n.º 7-8, 2014, pp. 15-37.

Igualmente, quedan excluidas las mujeres que reciban una pensión de jubilación o incapacidad no contributiva o una pensión de viudedad temporal asistencial, aunque hayan hecho la misma aportación demográfica que las pensionistas contributivas. Se trata, por tanto, de un complemento económico imputado a la maternidad para reducir la brecha de género en las pensiones contributivas, introduciendo elementos asistenciales dentro del diseño contributivo del sistema, pero que deja fuera a las madres trabajadoras que se encontraran en las situaciones de necesidad más graves, aquellas que simplemente alcanzarían una pensión no contributiva<sup>71</sup>.

Otra de las particularidades previstas en la regulación de este nuevo complemento es, que no se podrá aplicar en los supuestos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad propia<sup>72</sup>, ni en los de jubilación parcial, aunque en este último caso sí se reconocerá cuando la jubilada parcial deje de serlo y acceda a la jubilación completa ordinaria<sup>73</sup>. No obstante, en el supuesto de que la mujer se hubiera jubilado antes de tiempo, pero no voluntariamente, jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, entonces sí se le podrá aplicar la medida<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> BALLESTER, M. A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, n.º 112, 2011, pp. 51-90. MIÑARRO, M., “Algunas reflexiones en torno a la incidencia de las últimas reformas laborales y medidas de contención económica sobre el trabajo de la mujer”, *Actualidad Laboral*, n.º 10, 2013, p. 3.

<sup>72</sup> ATC de 16 de octubre de 2018, núm. 3307/2018. El TC señala, que, si bien es cierto que el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica, también lo es en razón a que su carrera de seguro se ve acortada por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad. Por tanto, no resulta arbitrario ni irracional excluir del complemento a aquellas madres que, al acceder voluntariamente a la jubilación anticipada opten por acortar su carrera de seguro.

<sup>73</sup> Como peculiaridad, comentar también que, en el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la Seguridad Social, se reconocerá el complemento por hijo solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, 1.º A la pensión que resulte más favorable. 2.º Si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación.

En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite establecido normativamente sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por 100 del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite legalmente establecido aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por 100 de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la suma de las pensiones concurrentes el importe del límite máximo vigente en cada momento.

<sup>74</sup> Hay que tener en cuenta algunas normas especiales: •Pensiones que superan el tope máximo: si la pensión de la mujer superase la cuantía del importe de la pensión máxima establecida, la suma de dicha pensión y el complemento por maternidad no podrá superar el límite máximo y lo que corresponda al 50% del complemento. •Pensiones que junto con el complemento superan el tope máximo: La mujer tendrá derecho a recibir hasta la pensión máxima más el 50% del complemento que exceda el límite. •Pensiones que no llegan a la pensión mínima: Si la pensión reconocida inicialmente no llega a la mínima fijada para ese año, se le aplicará el complemento a mínimos para alcanzar la pensión mínima legal que incluya cada año los Presupuestos Generales

Asimismo, se podría considerar como rasgo discriminatorio el criterio numérico, pues es básico para concretar qué solicitantes de una pensión van a poder optar por el complemento. Como ya sabemos, se ha situado el umbral mínimo en dos hijos o hijas, despreciando la contribución demográfica de las mujeres trabajadoras con un solo hijo, a pesar de ser ésta la situación más habitual en nuestro país, donde la media de hijos por mujer se sitúa en 1,34 hijos<sup>75</sup>, siendo recomendable que de *lege ferenda* se incluya una estimación ajustada para estos casos, ya que de otro modo, el hecho de tener un solo hijo, incluso con discapacidad, no tiene consecuencia ninguna en la vida laboral de la trabajadora, lo que para mujeres que quedaron excluidas sería causa de discriminación sin fundamento razonable a pesar de que también hayan contribuido demográficamente a la Seguridad Social en la medida de sus posibilidades físicas y económicas<sup>76</sup>.

No debemos olvidar tampoco, como he venido indicando, que se encuentran excluidos los padres también de este complemento, por lo que se ha planteado la posibilidad de valorar como se ajusta este complemento a las disposiciones establecidas por el Derecho de la UE, concretamente, por la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978<sup>77</sup>, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social<sup>78</sup>, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE)<sup>79</sup>, dado que establece un beneficio único para las mujeres en el ámbito de la seguridad social que no está relacionado exclusivamente con la maternidad biológica, ya que la compensación ya estamos al corriente no se ajusta solo al parto y la lactancia, sino a toda la crianza y educación.

---

del Estado y se le añadirá el nuevo complemento por maternidad. •Si hay concurrencia de pensiones: Sólo se reconoce el complemento por hijo a una de las pensiones de la beneficiaria. Se aplicará en la pensión que resulte más favorable. Si concurrese una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, siempre se aplicará a la primera.

<sup>75</sup> [https://www.ine.es/prensa/ua\\_2019.pdf](https://www.ine.es/prensa/ua_2019.pdf) (consultada 17/02/2020).

<sup>76</sup> SÁNCHEZ-RODAS, C., “Complemento por maternidad y pensiones contributivas...”, cit., pp. 1-2.

<sup>77</sup> BALLESTER, M. A., “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”. *Lex Social*, vol. 6, n.º 1, 2016, pp. 72-93.

<sup>78</sup> No debemos olvidar que en esta Directiva se establece la obligación de que los Estados miembros revisen las diferencias en la seguridad social entre hombres y mujeres vinculadas al cuidado de los hijos. TEJERINA, J. I., “La Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Su incidencia en la legislación española”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 36, 1988, pp. 75 y ss. GUERRERO, T., “Justificación de la discriminación indirecta por razón de sexo en la seguridad social. Doctrina del TJCE”, en VV.AA, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2005*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2005, pp. 517-536.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ, F., “El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 25, 1989, pp. 135-180. En este mismo sentido el Caso *Griesmar* STJUE de 29 de noviembre de 2001 C-366/99 y el asunto *Leone* STJUE de 17 de julio de 2014, C-173/13.

Para ello, comenzaré por los textos jurídicos comunitarios que tienen como centro de gravedad los arts. 2 y 6 TUE, que como objetivos transversales sitúan la igualdad y no discriminación como fundamento de la Unión; el 3, apartado 3, pár. 2º TUE se refiere en particular a la igualdad entre mujeres y hombres.

Por su parte, el art. 19 TFUE reconoce a las instituciones de la Unión, en la esfera de las competencias comunitarias, facultades para *“adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*. Esta norma recoge un nuevo ajuste de la tutela antidiscriminatoria, más allá del ámbito clásico de la discriminación por razón de sexo<sup>80</sup>, que ha servido de cimiento al trabajo de las instituciones comunitarias en este terreno jurídico en los umbrales del siglo XXI. Específicamente para la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo debemos observar los presupuestos del art. 157 TFUE, que establece en su apartado 1º que *“cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”*, a partir de determinadas medidas normativas fijadas en el precepto, y prevé en su apartado 4º, asentando en el plano constitucional las políticas de igualdad de oportunidades, la posibilidad de que los Estados miembros conserven o protejan con *“medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”*.

En lo que respecta a los conceptos de discriminación directa e indirecta ya surgen en la Directiva 76/207, art. 2 *“pieza maestra de la construcción de las discriminaciones indirectas”*, y se perfeccionan por vía jurisprudencial en relación con la discriminación por razón de sexo, sobre todo en lo referente a las discriminaciones indirectas. A continuación, esta elaboración jurisprudencial se recoge normativamente en las Directivas generales de no discriminación (2000/45 y 2000/78). Finalmente, los desarrollos de este marco normativo general y la evolución jurisprudencial comunitaria antidiscriminatoria cristalizan en la Directiva 2006/54. Al analizar el significado de *“discriminación directa”*, se puede advertir que es similar en estas Directivas, si bien con algún cambio terminológico en la Directiva 2000/78.

En concreto el art. 2.1 a) Directiva 2006/54 la define como *“la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”*<sup>81</sup>. La *“discriminación indirecta”* se define a continuación en el art. 2.1 b) Directiva 2006/54 como *“la situación en que una*

<sup>80</sup> MARQUÉS, J. V. y OSBORNE, R., *“La discriminación social de la mujer en razón del sexo”* en *Sexualidad y Sexismo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1991, pp. 133-145.

<sup>81</sup> Por su parte el art. 2.2 a) Directiva 2000/43 indica que existirá discriminación directa *“cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”* y el art. 2.2 a) Directiva 2000/78, *“cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga”* por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

*disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo...*”<sup>82</sup>.

Como quiera que sea, el enfoque clásico de la discriminación indirecta es el de una “discriminación estadística”, es decir, es la constatación de que una de las dos poblaciones diferenciadas y que resulta desfavorecida es mayoritariamente de un mismo sexo<sup>83</sup>. Es indiscutible que la definición de la discriminación indirecta ha evolucionado desde la exigencia de que la disposición, criterio o práctica aparentemente neutro “afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo” (art. 2.1 Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo) a una situación de un tratamiento “de manera menos favorable que otra en situación comparable” (Directivas 2006/54 y 2000/78). Por tanto, es cierto que la situación comparable ya no exige una equiparación estadística, y ello tiene un evidente efecto positivo al descargar la obligación probatoria sobre los indicios de discriminación, donde ya no será necesaria la onerosa carga de la prueba del parámetro del efecto desmedido de la medida sobre un colectivo<sup>84</sup>.

## 2.2.1. El complemento de pensión controvertido

Así lo denomina el TJUE cuando hace mención al complemento de pensión previsto en artículo 60, apartado 1, de la LGSS en la reciente STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019, C-450/18<sup>85</sup>, dictada a instancia de una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona<sup>86</sup>, que anula la discriminación positiva en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 de la Seguridad Social a la primera opción correctora de la brecha de género en pensiones, puesto que ésta establece la obligación de que los Estados miembros revisen las diferencias en la seguridad social entre hombres y mujeres vinculadas al cuidado de los hijos.

<sup>82</sup> Los parámetros de esta definición se contienen igualmente en las definiciones de la discriminación indirecta en las Directivas 2000/43 (art. 2.2 b) y 2000/78 (art. 2.2 b).

<sup>83</sup> STJUE 18-11-2010, asunto Kleist, apartado 37, y STJUE 12-9-2013, asunto Kuso, apartados 48 y 49.

<sup>84</sup> SÁEZ, C., “La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales”: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005, p. 347.

<sup>85</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=363740FBFFD719C849CD306E912BFCBE?text=&docid=221515&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7012218> (consultada el 13/03/2020).

<sup>86</sup> El Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73] que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?”.



El trabajo analiza, al respecto, las sentencias dictadas por el TJUE que consideran discriminatorios los beneficios establecidos a las mujeres para el cuidado de los hijos en ámbitos diferentes a la Seguridad Social (entre otros, sentencias dictadas en los asuntos Griesmar, Leone, Roca Alvarez o Maïstrellis)<sup>87</sup>.

Pese a que la defensa del Gobierno español insistió en que la medida no sólo buscaba compensar la contribución demográfica de las mujeres, el TJUE responde que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres, advirtiendo que *“ni este complemento de pensión se dirige a proteger realmente la maternidad, por lo que queda fuera del artículo 4.2 de la Directiva 79/7; ni queda supeditado a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a tal trabajo de cuidar (enfoque de corrección de las causas de la brecha), sino al puro dato demográfico (enfoque natalista simple). Por lo tanto, tampoco podría incluirse en el artículo 7.1 de la citada Directiva 79/7”*.

A esa línea de razonamiento jurídico-comunitario, añade el TJUE que, aunque el gobierno español entiende que este complemento podría tener cobertura en el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) *“con aperturas a acciones correctoras futuras mejor diseñadas legalmente y, en consecuencia, más eficaces y proporcionadas”*<sup>88</sup>, no tiene cobertura en este artículo de la TFUE porque se limita a conceder un plus de pensión en abstracto o genérico y operativo sólo *“en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión”*.

En relación con lo anterior, entiendo que con acierto, el TJUE estima que este complemento que aplaza sus efectos al momento de sustitución de la retribución por una pensión, es decir, una vez finalizada la carrera profesional de la trabajadora<sup>89</sup>, *“pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad por razón de sexo en la vida profesional”*.

A lo que en verdad se opone el TJUE, y en esto estoy en total acuerdo con el profesor Molina Navarrete, es a una medida como la del artículo 60 de la LGSS que actúa con acciones de *“brocha gorda”*<sup>90</sup>, descuidando tanto los imperativos de eficacia social de la medida como los de conformidad con el Derecho de la UE, en especial el principio de proporcionalidad *«[...] que exige que las excepciones se mantengan dentro de los límites de lo apropiado y necesario para lograr el objetivo*

<sup>87</sup> BALLESTER, M. A., “El complemento de pensiones por maternidad...”, cit., pp. 533-550.

<sup>88</sup> Su oposición no está en las medidas correctoras de la brecha de género que sufren las mujeres. Según el Abogado General en sus conclusiones, son plenamente legítimas y están cubiertas por el artículo 157.4 del TFUE, incluso para *“compensar las desventajas experimentadas durante las carreras profesionales que, aunque tengan su origen en la desigualdad durante la vida laboral, únicamente se manifiestan más tarde, cuando se abandona el mercado laboral”* (apdo. 112).

<sup>89</sup> SSTSJUE de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99 y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13.

<sup>90</sup> MOLINA NAVARRETE, C., “Brechas de género y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección” *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*, n.º 3, 2020,3, pp.1-26. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/386571-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1388331-2-10-20200207.pdf> (consultada el 12/12/2019).

*perseguido [...]»*. En este sentido, y fuera cual fuera su propósito, no se entiende que el complemento no se haya aplicado a las mujeres que se han visto expulsadas del nivel contributivo de protección y sean beneficiarias de una pensión no contributiva, así como a las prestaciones causadas con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 48/2015. Por esta razón, podemos observar como una medida diseñada e implantada para generar igualdad entre hombres y mujeres, contiene en su regulación ciertos rasgos discriminatorios al excluir a ciertos colectivos<sup>91</sup>.

En relación con lo anterior, entiendo que incluso podría verse también vulnerada la Directiva 76/207/CEE en su art. 2 párrafos 2, 3 y 4, que prevé un trato de beneficio a las mujeres solo en caso de embarazo y maternidad, pero que no trascendería, sin embargo, al cuidado de los hijos, y, posiblemente también, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21.1) en cuanto al mandato de no discriminación<sup>92</sup>.

Para ir terminando con el análisis de esta sentencia del TJUE, hay que aclarar que no se va a proceder a derogar este complemento controvertido, sino a extenderlo a todas las personas que se encuentren en su ámbito de aplicación, al margen de su sexo, es decir, que esta decisión comunitaria no quita lo establecido para las mujeres, sino que lo otorga también a los hombres<sup>93</sup>.

Estaremos no obstante pendientes, de si el TJUE continua con esta línea de razonamiento ante el planteamiento que la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias le ha propuesto sobre si tal medida debería superar el mero criterio de género para proteger en realidad a quien hubiera experimentado una pérdida de derechos de cara a la obtención de una pensión en el futuro como es el caso, al impedir la extensión de este complemento a los trabajadores por parte de la normativa interna española en aquellos supuestos en los que sea posible demostrar el cuidado de los hijos tras el fallecimiento de la madre biológica<sup>94</sup>.

### 3. REFLEXIONES FINALES

A modo de conclusión unas breves reflexiones sobre las actuaciones analizadas para combatir la brecha de género en la Seguridad Social.

Empezando por indicar que el conjunto de mecanismos y medidas de acción positiva previstos en nuestro ordenamiento permite poner de manifiesto la voluntad

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ, S., “Desigualdad de género y sistema de pensiones...”, cit., pp. 99 y ss.

<sup>92</sup> Sentencias del TSJE de 16 de diciembre de 1999, Taylor, C-382/98, EU:C:1999:623, apartado 14, y de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11, EU:C:2012:746, apartado 26. SARMIENTO, D., MIERES MIERES, L. J. y PRESNO LINERA, M., *Las sentencias del tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2007, p. 40-41.

<sup>93</sup> Esperaremos que no se limiten sus efectos temporalmente como ya hiciese con el cómputo de la pensión de jubilación a tiempo parcial. STC 91/2019, de 3 de julio.

<sup>94</sup> En fecha 28 de mayo de 2018 fue formalizado recurso de suplicación frente a la sentencia por el demandante. El objeto del recurso se centraba en la aplicación del complemento por maternidad al padre varón viudo, con 4 hijos biológicos (nacidos en 1980, 1982, 1989 y 1998), que tras el fallecimiento de su esposa en 2003 dedicó tiempo y esfuerzo en exclusiva al cuidado y educación de su prole, padeciendo por ello las mismas desventajas laborales ligadas a tal práctica.

del legislador por combatir la brecha de género en el Sistema de Seguridad Social y fomentar la generación de derechos propios por parte de las mujeres, compensando así una mayor dedicación al trabajo no retribuido de los cuidados que les dificulta, en muchos casos, desarrollar sus propias carreras de seguro o las aboca a pensiones insuficientes.

Además, los cuidados familiares han sido históricamente asumidos por las mujeres, no por una cuestión biológica sino por razones sociales vinculadas al género. No obstante, la práctica de cuidar puede ser desempeñada tanto por mujeres como por hombres. Promover socialmente la implicación de los padres en la crianza de hijos/as, es un avance hacia la corresponsabilidad y, por tanto, hacia la igualdad real entre mujeres y hombres. Ante todo, porque la práctica de cuidar no debería de tener género y porque *“la solución pasa por promover un cambio real de paradigmas sociales donde la práctica de cuidar se convierta en el centro de las políticas sociales, haciéndose extensible a la otra mitad de la población. Hay que cambiar la ética del cuidado feminizada por la ética del cuidado humanizada, para caminar hacia una sociedad más pacífica e igualitaria. El cuidado y la asistencia no son asuntos de mujeres, sino intereses humanos universales. La violencia genera violencia, el cuidado genera cuidado”*<sup>95</sup>.

Ante esta situación, es obvio que esta bonificación debe aplicarse entonces y como regla general, a favor de las madres pensionistas, al ser ellas estadísticamente las más perjudicadas por la brecha laboral y de pensiones, pero también se hace necesario, para no incurrir en discriminación por razón de sexo, incluir una cláusula de salvaguarda que permita su extensión excepcional a padres mientras que estos se encuentren en una situación idéntica para tener derecho a tal complemento de pensión, pudiendo probar la asunción exclusiva del cuidado. Solo así podremos caminar hacia una sociedad más igualitaria y corresponsable, dejando atrás la asignación de roles y estereotipos sexistas que apuntalan el *status quo* de las discriminaciones del siglo XXI, porque de no ser así, también se excluyen del acceso a la bonificación otras situaciones similares, por ejemplo, familias monoparentales de hombres, parejas homosexuales, adopciones de hijos o hijas realizadas por varones, etc.

Respecto al criterio numérico, no creo acertada esta posición legislativa, porque todas ellas son madres trabajadoras y no cabe una solución denegatoria idéntica en todo caso. Puede ser más necesario el complemento para una mujer con un solo hijo, que perciba ingresos bajos, que no para una mujer con tres hijos cuya cualificación profesional le haya permitido obtener un salario más alto. Y, de cualquier modo, el factor de la aportación demográfica, aunque menor, no podría negarse.

En conexión con lo anterior, ante los supuestos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad propia, parece razonable no reconocerlo a quien, pudiendo haber cotizado más años, se acoge a la jubilación anticipada voluntaria del art. 208 TRLGSS. Así pues, desde la óptica de la finalidad de la norma reseñada, la diferencia introducida entre quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria y quien intenta agotar su período de cotización creo que obedece a un criterio objetivo y razonable.

<sup>95</sup> POYATOS, G., “De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada...”, cit., pp. 113-127.

Junto a la importancia de la generalización de los mecanismos reparadores de la carrera de seguro de la persona trabajadora, se concibe imprescindible que el sistema de protección social desempeñe un papel activo en la política de conciliación, articulando derechos que permitan a la persona trabajadora atender adecuadamente sus obligaciones familiares y personales. Al mismo tiempo, deben perfeccionarse los mecanismos de conciliación que posibiliten el equilibrio trabajo-familia sin tener que renunciar a estar presentes en el mercado de trabajo.

Para ello, y en consonancia con las obligaciones dimanantes de la corresponsabilidad social en materia de conciliación, es urgente reforzar la accesibilidad y la calidad de la red de servicios públicos de atención a menores y familiares enfermos o dependientes con el fin de que las personas con deberes de cuidado no se alejen de manera absoluta del mercado de trabajo, al tiempo que se contribuya a la socialización de la función de cuidados. Por tanto, considero de crucial importancia visibilizar y dar valor al trabajo no remunerado de los cuidados que se realiza en los hogares.

No obstante, se puede confirmar al respecto que el abanico de medidas articuladas hasta el momento es insuficiente para paliar los efectos que el ejercicio del derecho de conciliación puede dejar en la carrera de las personas trabajadoras, por lo que sería razonablemente necesario, modificar el artículo 28 y del 34.8 del ET en relación con la mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar para evitar la ruptura de las carreras de seguro de la mujer.

Parece razonable concluir, que para que el TJUE considere que no constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, prohibida por la Directiva 79/7, el carácter comparable de las situaciones no debe apreciarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan, especialmente a la luz del objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción controvertida y, en su caso, de los principios y objetivos del ámbito al que pertenezca dicha normativa nacional, por lo que será recomendable que el legislador lo tenga en cuenta.

## BIBLIOGRAFÍA

- AYUSO, M., y CHULIÁ, E., “¿Hacia la progresiva reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas?”, *Documentos de Trabajo del Instituto BBVA de Pensiones*, n.º 22, 2018.
- BALLESTER, M. A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, n.º 112, 2011.
- “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”. *Lex Social*, vol. 6/1, 2016.
- “El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica”, en *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet* / coord. por Iciar Alzaga Ruiz, 2017.

- CARMONA, E., “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- COBO, R. M., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995.
- CUADRADO, I., “Estereotipos de género”, en MORALES, J. F., GAVIRIA, E., MOYA, M. C. y CUADRADO, I. (eds.), McGraw Hill, Madrid, 2007.
- DE BARBIERI, T., “Sobre la categoría género. Una introducción teóricometodológica”, *Debates en Sociología*, n.º 18, 1993.
- DE LA CORTE, I., “Cuestiones constitucionales sobre el complemento por maternidad. Un estudio comparado con el Derecho de Unión Europea y sus antecedentes jurisprudenciales”, V Premio Jóvenes Laboralistas, 2016. Disponible en: <https://forelab.com/wp-content/uploads/premios/2016/FINALISTA-2016-Cuestiones-constitucionales-sobre-el-complemento-por-maternidad-Ignacio-de-la-Corte-Cala.pdf> (consultado el 10/12/19).
- DE LA FLOR, M. L., “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social*, n.º 76, 2016.
- ERRANDONEA, E., “El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres”, *Revista de derecho de la seguridad social*, Laborum, n.º 7, 2016.
- ESCUADERO, R. y MENÉNDEZ, R., “Las políticas de igualdad de género en el ámbito laboral”, en CARMONA, E. y GARRIDO, I. (coords.), *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- FERNÁNDEZ, F., “El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 25, 1989.
- GALLEGO, R., “El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género en las pensiones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, n.º 403, 2016.
- GILES, R., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Especial referencia al concepto de acción positiva”, en GILES, R. M., MORA, M. y SALDAÑA, M. N. (coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona, 2010.
- GRAU, C. y RODRÍGUEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el Sistema de Pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones”, *Documentación Laboral*, n.º 103, 2015 (Ejemplar dedicado a: Sostenibilidad financiera y régimen jurídico de la Seguridad Social: un marco de estrategias para las políticas públicas).

- GUERRERO, T., “Justificación de la discriminación indirecta por razón de sexo en la seguridad social. Doctrina del TJCE”, en VV.AA, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Congres*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2005.
- LOUSADA, J. F., “El trabajo a tiempo parcial en el RD ley 16/2013 de 20 de Diciembre”, *Nueva revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162, 2014.
- MACÍAS, M., “Mujeres”, en ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- MARBÁN, M. T., “El complemento por maternidad en la pensión de jubilación”, en *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], vol. 1, 2019.
- MARQUÉS, J. V. y OSBORNE, R., “La discriminación social de la mujer en razón del sexo”, en *Sexualidad y Sexismo*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1991.
- MENÉNDEZ, R., *Las políticas de igualdad en el contexto de crisis financiera (y del mercado de trabajo). Valoración con perspectiva de género de las últimas reformas laborales. Actas del IV Congreso de la Red Española de Política Social (REPS): las políticas sociales entre crisis y post-crisis*. Celebrado el 6 y 7 de junio en la Universidad de Alcalá / coord. por Alessandro Gentile, 2013.
- MIÑARRO, M., “Algunas reflexiones en torno a la incidencia de las últimas reformas laborales y medidas de contención económica sobre el trabajo de la mujer”, *Actualidad Laboral*, n.º 10, 2013.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Brechas de género y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección” *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*, n.º 3, 2020. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/386571-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1388331-2-10-20200207.pdf> (consultada el 12/12/2019).
- MONTOYA, A., “Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, MONTOYA, A. (coord.), *La igualdad sustancial de mujeres y hombres*, Civitas, Madrid, 2007.
- OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- PERÁN, S., *Derecho Social y Género*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- POYATOS, G., “Juzgando con perspectiva de género el derecho a conciliar familia y trabajo. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias / Las Palmas de 15 de diciembre de 2017 (rec. 1249/2017)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 420, 2018.



- “De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al “complemento por maternidad”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 431, 2019.
- REY MARTÍNEZ, F., “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ, A., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de seguridad social: puntos críticos (I)”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 16, 2016.
- RODRÍGUEZ, I. A., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social: puntos críticos (y II)”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, pp. 91-100.
- RODRÍGUEZ, S., “Desigualdad de género y sistema de pensiones: estrategias y mecanismos para su erradicación”, en Fundación 1º de Mayo (ed.), *Colección Cuadernos 43, Crisis y desigualdad*, Alternativas Sindicales II Congreso de Trabajo Economía y Sociedad, Actas del Congreso, Madrid, 2016.
- “Desigualdad por causa de género en la Seguridad Social: carreras de cotización y prestaciones”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 38, 2017 (Ejemplar dedicado a: Ley orgánica de igualdad: X Aniversario/Berdintasun lege organikoaren: X.Urteurrena).
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Complemento por maternidad y pensiones contributivas: Las olvidadas madres del baby boom y las madres de hijos únicos”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 4/1, 2019.
- SÁEZ, C., “La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005.
- SARMIENTO, D., MIERES MIERES, L. J. y PRESNO LINERA, M., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2007.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social”, *Noticias CIELO*, n.º 2, 2016.
- TEJERINA, J. I., “La Directiva 79/7/CEE de 19 de Diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Su incidencia en la legislación española”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 36, 1988.
- TOMÁS, S., “La labor del Consejo de Europa en materia de igualdad de género”, en GILES, R. M., MORA, M. y SALDAÑA, M. N. (coords.), *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Atelier, Barcelona. 2010.

- TORRENTE, S, “El derecho antidiscriminatorio y la falta de equilibrio parental en la protección dispensada a la natalidad y al cuidado de los hijos. A propósito de las Disposiciones Adicionales 44ª y 60ª de la Ley general de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, n.º 7-8, 2014.
- TORTUERO, J. L., “Conciliación, género y empleo, reflexiones desde el sistema de la seguridad social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º extra 1, 2006.